

**Fragen:**

1. Kann K Kaufpreis mindern und von V 500 € verlangen?
2. K- V: Ersatz Tierarztkosten?
3. F- K: 4500 € Schadensersatz aus Gefährdungshaftung?
4. Unternehmerbegriff § 14 BGB - § 1 HGB
5. Zulässigkeit Feststellungsklage?

Lösungshinweise: Ulkiger Hund

Frage 1: Anspruch K – V auf Rückzahlung von 500 € wegen eines Mangels der verkauften „Sache“

- I. **Anspruch K - V auf Rückzahlung von 500 € aufgrund Minderung des Kaufpreises gem. §§ 441 IV, 346 I, 437 Nr. 2, 441**

1. Anwendbarkeit kaufrechtlicher Vorschriften

§§ 433 ff. gelten für Kauf von „**Sachen**“.

Gemäß § 90a S. 1 sind **Tiere keine Sachen**.

Aber § 90a S. 3: Vorschriften über Sachen sind **entsprechend** auf Tiere **anzuwenden**.

2. Wirksamer Kaufvertrag: unproblematisch (+)

3

3. Mangel der Kaufsache bei Gefahrübergang (§ 434 I)**Abweichen der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit**

aa) § 434 Abs. 1 S. 1: Abweichen von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit
 subjektiver Fehlerbegriff

Beschaffenheitsvereinbarung nicht ersichtlich (-)

bb) § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1: Eignung zu der **vertraglich vorausgesetzten Verwendung?**

– Lt. Lösungsskizze keine ausdrückliche Absprache getroffen (-)

– Wohl kein ausreichender Anhaltspunkt im SV, dass Hund **als Jagdhund geeignet** sein sollte

4

cc) § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2: Eignung zur **gewöhnlichen Verwendung** und Vorhandensein der **üblichen Beschaffenheit**

UlK hat wegen der nicht mehr vollständig abheilenden **Allergie** nicht die üblichen Eigenschaften eines **Hundes**.

b) Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs

aa) Gefahrübergang: mit **Übergabe** der Kaufsache an den Käufer (§ 446).

bb) **Allergie** zeigte sich erst **8 Tage nach Übergabe**; nach § 363 muss Käufer beweisen, dass Sachmangel bereits **bei Gefahrübergang** vorlag.

cc) **Beweislastumkehr gem. § 476?**

5

(1) Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs

(a) **Kauf einer beweglichen Sache:** § 90a S. 3

(b) **Verbrauchereigenschaft** des K: K hat eigenen Jagdbesitz und möchte UlK nicht zu selbstständigen beruflichen oder gewerblichen Zwecken nutzen, sondern zum **privaten Gebrauch** für die Jagd (§ 13).

(c) V = **Unternehmer** (§ 14), wenn er bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelte.

– **Gewerbe:** selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten **entgeltlicher Leistungen am Markt** (BGH NJW 2006, 2250).

– V züchtet seit mehreren Jahren Jagdhunde, von denen er jährlich durchschnittlich 15 verkauft (+)

– **Gewinnerzielungsabsicht?**

6

- **Gewinnerzielungsabsicht** nach h.M. **bei § 14** – anders als bei § 1 HGB - **nicht erforderlich** (BGH NJW 2006, 2250)
- Grund: effektiver **Verbraucherschutz**; Merkmal für Verbraucher nicht erkennbar.

Fallbezogen: V hat sogar Gewinnerzielungsabsicht; § 14 eindeutig (+)

(2) Auftreten des Mangels innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang

- Gefahrübergang am 30. 7. 2011 (§ 446).
- Krankheitssymptome zeigten sich bereits in der Nacht vom 7. auf den 8. 8. 2011, also innerhalb der Sechs-Monats-Frist.

7

cc) **Vereinbarkeit der Vermutung mit Art der Sache oder des Sachmangels?**

(1) Unwahrscheinlichkeit aufgrund der Art der Sache:

(a) **Bsp. : verdorbene Lebensmittel**

(b) **Gegenbsp.: Tiere**

- BGH NJW 2006, 2250: **§ 476 auch beim Tierkauf anwendbar;**

arg.: Verbraucherschutz

- Unternehmer hat im Vergleich zum Verbraucher - jedenfalls in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe - bessere Beweis- und Beweissicherungsmöglichkeiten (BT-Drucks. 14/6040, S. 245).

- Diese Erwägung trifft auch auf den Tierkauf zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer zu.

8

(c) „Gebrauchte“ Sachen?

- **BGHZ 159, 215 (Zahnriemen-Fall) und BGH NJW 2005, 3490 (Karosserie-Fall):**
Verbraucherschutz der §§ 474 ff. zu stark eingeschränkt würde (s.a. Palandt/Weidenkaff, § 476 Rn. 10).
- **BGHZ 170, 31 (Fohlen): Junge Tiere nur dann „gebraucht“**, wenn diese **mit Risiken** behaftet sind, die typischerweise durch Gebrauch entstehen
 - Bsp.: **6 Monate altes Fohlen** „neu“, nicht „gebraucht“
- **Fallbezogen:** Ulk ist lediglich **2 Monate alt**, noch nicht von der Mutter abgesetzt und wegen des noch zu jungen Alters keiner Brauchbarkeitsprüfung unterzogen

Ergebnis: § 476 nicht wegen der Art der Sache ausgeschlossen

9

(2) Unwahrscheinlichkeit wegen der Art des Mangels:

- (a) **Saisonal auftretende Allergie** lässt keinen Rückschluss darauf zu, seit wann der Hund daran leidet

Allergie ist überschießende Reaktion des Immunsystems auf Insektenstiche; kann bei Gefahrübergang bestanden haben, auch wenn sich die Symptome erst später zeigen

vgl. BGH NJW 2006, 2250: Sommerexzem bei einem Araberpferd.

- (b) **Einschränkung bei Mängeln, die typischerweise jederzeit eintreten** können und daher keinen hinreichend wahrscheinlichen Rückschluss auf sein Vorliegen bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs zulassen?

Dafür MünchKomm/Lorenz, § 476 Rn. 17; *ders.*, NJW 2004, 3020, 3022 (arg.: Vermutung ohne plausible Grundlage)

BGH NJW 2005, 3490 (Karosserie-Fall) lehnt Einschränkung in solchen Fällen mit Recht ab:

arg.: Vermutungsregelung liefe regelmäßig leer, wenn Entstehungszeitpunkt des Mangels nicht zuverlässig feststellbar ist; Verbraucherschutz würde dann weitgehend ausgehöhlt¹⁰

- (3) Allerdings kann **Vermutung widerlegt** werden, wenn bis zum Gefahrübergang Allergie nicht aufgetreten ist.

- **Voraussetzung: Nachweis**, dass die **Symptome** des Sommerexzems bis zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs - trotz Aufenthalt des Tieres im Freien und dadurch bedingtem Kontakt mit Mücken - **noch nicht in Erscheinung getreten** waren
- BGH NJW 2006, 2250 (Sommerexzem bei einem Araberpferd): Nachweis sehr wahrscheinlich gelungen, da Zeugenbeweis angeboten war, dass das Pferd vor Gefahrübergang nicht an allergischen Symptomen gelitten habe!
- **Fallbezogen:** Vermutung hier wohl nicht zu widerlegen, da **It. SV Krankheit vor ihrem erstmaligen Auftreten nicht diagnostizierbar** war [allerdings wurde das Tier im Sommer verkauft, so dass sich bei Gefahrübergang die Sommerallergie hätte zeigen müssen].

[Anm.: Allergie als Sachmangel setzt nicht voraus, dass Krankheit in Erscheinung getreten ist, wohl aber, dass sich **Antikörper im Blut** gebildet haben, die dann beim Kontakt mit Reizstoffen Krankheit ausbrechen lassen

Im Sommerexzem-Fall des BGH konnte Verkäufer wohl nachweisen, dass Krankheit vor Gefahrübergang nicht ausgebrochen war [Zeugen]; das genügt wohl, um die Vermutung des § 476 zu widerlegen.

11

Exkurs zu § 476 – Problemfälle des Kaufrechts:

- a) **Zahnriemenfall (BGHZ 159, 215):**



Motorschaden beruhte auf einem Überspringen des Zahnriemens, das **entweder** auf einem defekten Zahnriemen (Sachmangel) oder auf **unangemessener Fahrweise** (hochtouriges Aufdrehen des Motors) beruhte

BGH: **ungeklärt, ob ein Sachmangel** zu dem weiteren Schaden, dem **Motorschaden** führte, oder ob dieser auf andere Weise – nämlich durch einen **Fahrfehler** des Käufers - verursacht worden war; § 476 (-)

- b) **Turboladerfall (NJW 2006, 434):**



wie im Zahnriemenfall war nicht geklärt, ob der Turboladerdefekt auf einem **Sachmangel** beruhte (unfachmännisch eingebauten Papierdichtung) oder Folge eines **normalen Verschleißvorgangs** war; § 476 (-).

12

c) **Karosseriefall (NJW 2005, 3490):**



tatsächliches Geschehen steht fest (Gewalteinwirkung auf die Karosserie), es führt zu einer nach der Fahrzeugübergabe an den Käufer zutage getretenen **Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit (= Sachmangel)**

lediglich in **zeitlicher Hinsicht** offen, ob seitliche **Gewalteinwirkung auf die Karosserie** vor oder nach Gefahrübergang stattgefunden hat.

BGH: § 476 (+)

d) **Katalysatorfall (NJW 2006, 1195):** verhält sich wie Karosserie-Fall

tatsächliches Geschehen steht fest (Defekt des Katalysators durch Aufsetzen), Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit trat innerhalb von 6 Monaten nach Gefahrübergang zutage

lediglich in **zeitlicher Hinsicht** offen, ob Aufsetzen des Fahrzeugs, das zu einem Defekt des Katalysators geführt hatte, vor oder nach Gefahrübergang stattgefunden hatte.

BGH: § 476 (+)



13

e) **Vergleich BGH: im Karosserie- und Katalysatorfall** steht - anders als im **Zahnriemen- und Turbolader-Fall** - positiv fest, dass ein **Mangel** des Fahrzeugs vorliegt.

(1) **Unterscheidung fragwürdig:** im Zahnriemen- und Turboladerfall einerseits und im Karosserie- und Katalysatorfall ist **gleichermaßen unsicher**, ob ein Mangel vorlag; wenn nämlich seitliche Krafteinwirkung oder Aufsetzen nach Gefahrübergang erfolgte, lag eben z Zt Gefahrübergang auch kein Sachmangel vor.

(2) **Erklärungsversuch:** beim Zahnriemen-Fall und Turboladerdefekt steht fest, dass der in Erscheinung getretene **Motorschaden** zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs **sicher nicht vorgelegen hat** (Konsequenz: Vermutung des § 476 widerlegt).

Im Karosserie- und Katalysatorfall ist dagegen § 476 nicht widerlegt

14

4. **Angemessene Frist zur Nacherfüllung oder Entbehrlichkeit einer Fristsetzung**

Ist **Mangel behebbar** (§ 326 V also nicht einschlägig), muss der Käufer dem Verkäufer grundsätzlich zunächst eine **Nachfrist** setzen (§ 323 I), sofern keine Ausnahme nach § 323 Abs. 2 bzw. § 440 BGB vorliegt.

a) **§ 326 V: Nachbesserung unmöglich (§ 275 Abs. 1)**, da Allergie nicht vollständig heilbar ist.

b) **Ersatzlieferung** eines neuen Pudelpointers möglich?

- **Teil der Lit.:** Ersatzlieferung nur bei Gattungsschuld möglich; bei **Stückschuld** beschränkt sich Schuldverhältnis – und damit auch Nacherfüllung - auf die mangelhafte Sache
- **BGHZ 168, 64 :** Ersatzlieferung zwar möglich, aber nur, wenn eine andere, gleichartige Sache existiert, die an die Stelle der ursprünglich gelieferten Sache treten kann:

– Nicht, wenn Kaufgegenstand individuell ausgesucht (Besichtigung)

– Hier: K wollte **nicht irgendeinen Pudelpointer** erwerben, sondern Ulk

Rechtsfolge: Nacherfüllung nach § 326 V unmöglich; Nachfristsetzung entbehrlich.

15

5. **Minderungserklärung, § 441 Abs. 1 S. 1 BGB**

- **konkludent** (§§ 133, 157): Erklärung des K, er sei **nicht bereit**, den vollen Kaufpreis zu zahlen und verlange 500 € zurück.

6. **Ausschluss des Minderungsrechts**

a) **§ 438 Abs. 5 i. V. m. § 218: Minderung unwirksam**, wenn Anspruch des K auf die Leistung oder der **Nacherfüllungsanspruch verjährt** ist und der Schuldner sich darauf beruft.

- K und V haben individualvertraglich vereinbart, dass Gewährleistungsansprüche innerhalb eines Jahres ab Übergabe der Kaufsache verjähren.
- Nach § 188 Abs. 2 endete die Gewährleistung daher am 30. Juli 2012. K hat hingegen die Minderung erst am 31. August 2012 erklärt.

b) **§ 475 Abs. 2: Vereinbarung über Verjährung der Gewährleistungsansprüche** beschränkt

Frist muss mindestens zwei Jahre betragen, nur **bei gebrauchten Sachen genügt ein Jahr**.

16

c) § 475 Abs. 2 auf Ausübung des **Minderungsrechts anwendbar?** (vgl. dazu Staudinger/Matusche-Beckmann, § 475 Rn. 72)

- § 475 Abs. 2 regelt „Verjährung der in § 437 BGB bezeichneten **Ansprüche**“; die Minderung ist kein Anspruch, sondern Gestaltungsrecht.
- Aber: **Schutz des Verbrauchers** wäre **unvollkommen**, wenn er Minderungsrecht verlieren könnte, obwohl **Nacherfüllungsanspruch nicht beschränkt werden kann**; vor allem dann unbillig, wenn – wie hier – nur die Minderung verbleibt (Nacherfüllung ist ja unmöglich).

- **Dogmatischer Anknüpfungspunkt: § 218!**

Verjährungsrechtlicher Gleichlauf von Rücktritt und Minderung einerseits und Nacherfüllungsanspruch andererseits muss auch bei der Verkürzung der Verjährung gem. § 475 Abs. 2 gelten (vgl. Lorenz in: Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O., § 475 Rn. 17).

d) **Zeitliche Grenze der Verkürzung (§ 475 Abs. 2):** bei gebrauchten Sachen **ein Jahr**

- **Ulk** nicht gebraucht, sondern **neu** (s.o. BGHZ 170, 31)
- **Vertragliche Vereinbarung unwirksam; K konnte noch am 31. August 2012 wirksam das Minderungsrecht ausüben.**

17

7. Rechtsfolge der Minderung

a) Kaufpreis gem. **§ 441 Abs. 3** herabzusetzen:

Kaufpreis (2.000 €) x Wert der mangelhaften Sache (1.500,-)

Wert der mangelfreien Sache (2000,-)

= 1.500,- €

b) **Rückzahlungsanspruch** bei Überzahlung: §§ 441 Abs. 4, 346 Abs. 1

K kann von V 500 € zurückverlangen

II. Ergebnis

K hat aufgrund der Minderung einen Anspruch gegen V auf Zahlung von 500 € aus §§ 441 Abs. 4, 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 441.

18

Frage 2: Hat K gegen V Anspruch auf Ersatz der Tierarztkosten in Höhe von 400 €?

I. **Anspruch des K gegen V auf Zahlung der Tierarztkosten aus § 439 Abs. 2**

1. **Aufwendungen:** freiwillige Vermögensopfer - Tierarztkosten (+)
2. **Erforderlich zur Nacherfüllung?**
 - a) Fraglich, da Mangel nicht behebbar und Nacherfüllung ausscheidet.
 - b) Jedenfalls gewährt § 439 Abs. 2 keinen Aufwendungsersatzanspruch, wenn Käufer **Mangel selbst beseitigt**

arg.: sonst würde das dem Verkäufer zustehende **Recht zur „zweiten Andienung“** unterlaufen

(MünchKomm/Westermann § 439 Rn. 9; Palandt/Weidenkaff, § 437 Rn. 4a).

19

II. **Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung**

1. Wegen des Sachmangels war V zunächst **zur Nacherfüllung verpflichtet** (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1).
2. V haftet auf Schadensersatz, wenn er **diese Pflicht nicht erfüllt** hat aus Gründen, die er **zu vertreten** hat (§ 280 Abs. 1 S. 2).
 - Unmöglichkeit hat **nicht V, sondern K zu vertreten**
 - K hatte Tierarzt gerufen und damit Nachbesserung durch V unmöglich gemacht.
3. Es nützt dem K deshalb nichts, dass Unmöglichkeit der Nacherfüllung vorliegt und die **Voraussetzungen des § 283** insoweit gegeben sind.

Ergebnis: K hat gegen V keinen Anspruch auf Zahlung von 400 € Tierarztkosten wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht des V.

20

III. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 wegen Schlechtleistung

V hat mangelhaft geleistet, haftet aber nur, wenn er 1. den Sachmangel **zu vertreten** hat (§ 280 Abs. 1 S. 2) und 2. K dem V eine **Nachfrist** gesetzt hat oder diese entbehrlich ist.

Zu 2.: K hat V keine Frist gesetzt; allerdings war eine **Fristsetzung gem. § 281 Abs. 2 entbehrlich**.

- Angesichts der akuten Beschwerden des Ulk war es K nicht zuzumuten, dem V eine Nachfrist zu setzen

Zu 1.: **Vertretenmüssen** wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB **vermutet**.

- Vorliegend kann V jedoch den Verschuldensvorwurf entkräften: Er hat weder die Allergie **verursacht**, noch hätte er sie vor der Übergabe **erkennen können**.

Ergebnis: K hat keinen Schadensersatzanspruch wegen der Schlechtleistung

21

IV. Anspruch aus § 326 Abs. 2 S. 2 i. V. m. §§ 326 Abs. 4, 346 ff. analog

1. **Grundgedanke:** Nacherfüllung ist infolge der von K zu vertretenden Selbstvornahme **unmöglich** geworden.

V behält deshalb zwar seinen Kaufpreisanspruch (§ 326 II 1), muss sich aber die ersparten Nacherfüllungskosten (400.-) anrechnen lassen (§ 326 II 2).

Da K bereits bezahlt hat, ist V **um die ersparten Aufwendungen bereichert**; Herausgabe an K gem. §§ 326 IV, 346 I

2. **§ 326 II 2** ist im Falle nicht vertragsgemäßer Leistung zwar **nicht anwendbar (§ 326 I 2)**, aber nach einem **Teil des Schrifttums** trifft der Grundgedanke zu, eine Bereicherung des Verkäufers zu verhindern.

Analogie setzt jedoch eine **planwidrige Regelungslücke voraus**.

Diese lässt sich im Allgemeinen nicht begründen.

22

BGHZ 162, 219; BGH NJW 2006, 1195 lehnen deshalb einen Erstattungsanspruch des Käufers ab; arg.:

- §§ 437 ff enthalten eine **abschließende Regelung**; anders als dem Besteller im **Werkvertragsrecht** ist dem Käufer eine Selbstvornahme nicht gestattet.
- Zudem würde ein solcher Anspruch **dem Vorrang der Nacherfüllung widersprechen**; dem Verkäufer würde sein Recht zur zweiten Andienung genommen.
- Nacherfüllung soll dem Verkäufer Gelegenheit geben, die verkaufte Sache daraufhin zu **überprüfen**, ob der behauptete Mangel besteht, bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen oder welche Ursache er hat.
- Diese Möglichkeit (und die Chance, **Beweise zu sichern**) würde Verkäufer verlieren, wenn Käufer ohne Fristsetzung Erstattungsansprüche geltend machen könnte.

Ergebnis: Nach h.M. hat Käufer im Falle einer Selbstvornahme grundsätzlich **keinen Erstattungsanspruch** gegen den Verkäufer

23

Bedenken: Ergebnis unbefriedigend, wenn Fristsetzung entbehrlich, weil sofortige ärztliche Hilfe erforderlich ist.

- **Ausweg §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I, II** scheidet am fehlenden Verschulden des V
- Daher muss man wohl die **Bemühungen um eine Heilbehandlung** unter § 439 II (Kosten der Nachbesserung) subsumieren!
- **Das Gegenargument**, dass das Erfordernis der Fristsetzung bei der Selbstvornahmen nicht umgangen werden darf, ist hier ja nicht überzeugend, da eine Fristsetzung wegen des Notfalls entbehrlich ist (anders die offizielle Lösungsskizze).

V. Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 (berechtigte GoA)?

1. **Fremdes Geschäft:** Nacherfüllung Sache des V
2. **Fremdgeschäftsführungswille:** wird **vermutet** bei auch fremden Geschäften
3. **Ohne Auftrag**
4. **Berechtigung der Geschäftsführung gem. § 683 S. 1?**

Im Regelfall liegt es **nicht im Interesse des V**, dass K ihm seine Verpflichtung abnimmt, ohne ihm Gelegenheit zur eigenen Nacherfüllung zu geben

Allerdings dürfte dies wohl nicht in **Notfällen** gelten, weil es jedenfalls im öffentlichen Interesse (§ 679 - Tierschutz) liegt, dass in Notfällen sofortige ärztliche Hilfe aufgesucht wird.

Es schadet daher wohl nicht, dass es gem. § 683 S. 1 nicht auf das Interesse des Tieres, sondern auf das Interesse des Geschäftsherrn ankommt.

VI. Anspruch auf Herausgabe der Aufwendungsersparnis gem. § 812 I 1, F. 2 : scheidet wohl am Vorliegen einer berechtigten GoA (oben V.)

25

Frage 3: Steht F ein Zahlungsanspruch gegen K in Höhe von 4.500 € für die erforderliche Behandlung aus § 833 S. 1 BGB (Gefährdungshaftung) zu?

Fallfrage beschränkt die zu prüfenden Ansprüche von vornherein auf Gefährdungshaftung (§ 833 S. 1)

1. Rechtsgutsverletzung

Körper: F erlitt einen Oberschenkelbruch

2. Durch Luxus- oder Nutztier?

- Gefährdungshaftung gem. § 833 S. 1 erfordert — im Gegensatz zur Haftung für vermutetes Verschulden nach § 833 S. 2 —, dass es sich um ein sog. **Luxustier** handelt.
- **Luxustier:** wenn Tier nicht dazu bestimmt ist, dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Halters, mithin einem **kommerziellen Zweck** zu dienen.
- Jagdhund eines **Försters** ist zwar **Nutztier**, aber vorliegend dient der Hund nicht einem Förster, sondern einem **Hobby-Jäger**
- Ulk dient **ideellen Zwecken** und ist somit **Luxustier** (Palandt/Sprau, § 833 Rn. 17; MünchKomm/Wagner § 833 Rn. 41).

26

3. Haftungsbegründende Kausalität

Verhalten des Hundes war kausal für die Körperverletzung des F.

4. Verwirklichung einer spezifischen Tiergefahr

Hetzen eines plötzlich auftauchenden Hasen entspricht der Natur eines Jagdhundes (BGH NJW-RR, 2006, 813; MK/Wagner, § 833 Rn. 9 u. 12).

5. Halter

Wer die **Bestimmungsmacht** über das Tier hat, aus eigenem Interesse für die **Kosten** des Tieres aufkommt und das **wirtschaftliche Risiko** des Verlustes trägt (BGH NJW-RR 1988, 655, 656)

- i.d.R. der Eigentümer (= K)

6. Rechtsfolge: Schadensersatz

Nicht Naturalrestitution, sondern Kosten der Heilbehandlung (4.500 €) gem. § 249 Abs. 2

27

7. Ausschluss der Gefährdungshaftung?

a) Mitverschulden (§ 254 Abs. 1)

Kein Anhaltspunkt; F führte Ulk an der Leine.

b) Risikübernahme

Wer sich **bewusst in eine Situation drohender Eigengefährdung** begibt, kann Folgen nicht auf Schädiger abwälzen.

aa) **Dogmatische Begründung: Verbot widersprüchlichen Verhaltens** (§ 242) oder § 254 Abs. 1 (analog).

bb) **Voraussetzung:** nur bei bewusster Übernahme eines **besonderen Risikos**, das über die normalerweise mit der Nutzung des Tieres verbundenen Gefahr hinausgeht, etwa wenn das Tier **erkennbar bössartig** ist oder die Nutzung als solche spezifischen Gefahren unterliegt (BGH, NRW-RR 2006, 813; Palandt/Sprau, § 833 Rn. 8).

Fallbezogen: Ulk wurde schon mehrmals jagdlich geführt und im Hinblick auf die Bringreueprüfung trainiert; stets gut gehorcht; besonderes Risiko nicht ersichtlich (-).

28

c) Ausschluss der Gefährdungshaftung bei Gefälligkeit

aa) Bei bloßen Gefälligkeiten fehlt idR **Rechtsbindungswille**.

Konsequenz: zwar bestehen **keine vertraglichen Ansprüche**, wohl aber deliktische (BGH NJW 1992, 2474)

Es kann nicht unterstellt werden, dass die Parteien auf deliktische Schadensersatzansprüche verzichten wollen.

bb) **Stillschweigend vereinbarte Haftungsbeschränkung im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§ 157)**.

- BGH NJW 1992, 2474: im Regelfall Fiktion, da niemand an Haftungsausschluss denkt
- BGH NJW 2009, 1482: **stillschweigender Haftungsverzicht** zwischen zwei Ärztinnen im Praktikum, die sich gemeinsam ein Auto mieten; Grund: in RSA praktisch **kein Versicherungsschutz** des Fahrzeugführers/-halters, andererseits erhöhte Gefährdung durch ungewohnten **Linksverkehr**

Fallbezogen: Hier keine besonderen Umstände ersichtlich, die gegen Gefährdungshaftung sprechen.

29

cc) Ausschluss der Haftung analog § 599 BGB

(1) **Unmittelbare Anwendung: „Leihe“ war reine Gefälligkeit ohne Rechtsbindungswille (-)**

(2) **Analoge Anwendung**

- **BGH NJW 1992, 2474: Keine Analogie zu § 599 BGB:** Haftungsbeschränkung bei bloßen Gefälligkeiten (außer § 599 vgl. noch §§ 521, 690) **kein allgemeines Prinzip** (vgl. §§ 662, 680).
- **Kritik:** derjenige, der überhaupt keine rechtsgeschäftliche Bindung will, steht damit schlechter als derjenige, der sich zwar unentgeltlich, aber immerhin rechtlich binden will (MünchKomm/Häublein, § 599 Rn. 6).

dd) Lösung BGH im Fall NJW 1992, 2254: Mitverschulden des F gem. § 254 Abs. 1 iVm § 834 S. 1 (**Haftung des Tieraufsehers für vermutetes Verschulden**)

passt hier nicht, weil Vermutung durch F widerlegt bzw. widerlegbar; ihn trifft kein Mitverschulden!

30

Frage 4: Unterschied des Unternehmerbegriffs nach § 14 BGB zu dem des Gewerbebegriffs nach § 1 HGB

1. **Gewerbe:** rechtlich selbständige, planmäßige und auf Dauer angelegte, nach außen gerichtete Tätigkeit am Markt.
2. **Handelsrechtlicher Gewerbebegriff** gem. § 1 HGB: zusätzlich Gewinnerzielungsabsicht erforderlich (Baumbach/Hopt, HGB, § 1 Rn. 12 u. 15).
3. **Verbraucherrechtlicher Gewerbebegriff** gem. § 14 BGB: erfordert keine Gewinnerzielungsabsicht (BGH NJW 2006, 2250; Palandt/Ellenberger, § 14, Rn. 2)
 - Grund: **Verbraucherschutz:** Gewinnerzielungsabsicht ist **innere, für den Verbraucher nicht ersichtliche Tatsache**, die er nur schwer beurteilen kann.

31

Frage 5: Zulässigkeit der Feststellungsklage

Fallfrage: Klage beim zuständigen Gericht erhoben; lediglich die **besonderen Sachurteilsvoraussetzungen** der Feststellungsklage zu prüfen.

Problematisch § 256 ZPO: Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines **Rechtsverhältnisses** nur zulässig, wenn der Kläger ein **rechtliches Interesse** an der Feststellung hat.

I. Klage gerichtet auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses

1. **Rechtsverhältnis:** Verpflichtung des K zum Schadensersatz gegenüber F
2. **Gegenwärtig ist ein Rechtsverhältnis**, das die Grundlage bestimmter Ansprüche bilden kann (Musielak/Foerste, ZPO, 7. Auflage 2009, § 256 Rn. 2, 4).

Ausscheiden sollen Klagen, bei denen die Feststellung **bloßer Tatsachen** oder **abstrakter Rechtsfragen** begehrt wird.

- Feststellung, dass K dem F zum Schadensersatz gem. § 833 S. 1 verpflichtet ist, betrifft konkretes gegenwärtiges Rechtsverhältnis (+).

32

II. Rechtliches Interesse an der Feststellung

1. Rechtliches Interesse an der Feststellung:

- Wenn Recht des Klägers unsicher ist und Feststellungsklage geeignet ist, diese Unsicherheit zu beseitigen.
- Unsicherheit droht dem Recht bereits dann, wenn der Beklagte dieses **verletzt oder ernstlich bestreitet** (Zöller/Greger, ZPO, § 256 Rn. 7). (+)

2. Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber den Leistungsklagen:

- Leistungsklage nicht möglich oder zumutbar?
- Gegenwärtig unklar, ob Oberschenkelbruch jemals folgenlos ausheilt oder ob dem F weitere Heilbehandlungskosten entstehen; Leistungsklage gegenwärtig nicht möglich.
- Feststellung einer **Schadensersatzpflicht dem Grunde nach** zulässig, wenn künftige Schäden wenigstens entfernt möglich, nach Art, Umfang oder Eintritt aber noch ungewiss sind (Zöller/Greger, ZPO, § 256 Rn. 7a). (+).

Ergebnis: Klage auf Feststellung, dass K verpflichtet ist, künftige, auf Grund des näher bezeichneten Sturzes auf ihn zukommende Behandlungskosten zu tragen, wäre zulässig.